

Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m)
estado de emergência:
Dez breves notas

State civil responsibility and state of emergency:
Ten brief notes

CARLA AMADO GOMES

VOL. 7 Nº 1 ABRIL 2020

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO
E(M) ESTADO DE EMERGÊNCIA: DEZ BREVES NOTAS**

**STATE CIVIL RESPONSIBILITY AND STATE OF EMERGENCY: TEN
BRIEF NOTES**

CARLA AMADO GOMES
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
carlamadogomes@fd.ul.pt

Resumo: O texto pretende veicular primeiras reflexões sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado em razão da declaração do estado de emergência e bem assim da sua causa motriz, a pandemia de COVID19

Abstract: The text intends to convey first reflections on the issue of State's non-contractual civil liability due to the state of emergency declaration, as well as its main cause, the COVID19 pandemic

Palavras-chave: estado de emergência; responsabilidade civil extracontratual do Estado; pandemia

Keywords: state of emergency; State's non-contractual civil liability; pandemic

Sumário: **0.** O contexto emergencial; **1.** Delimitação negativa; **2.** Dez breves notas

Summary: **0.** The emergency context; **1.** Negative delimitation; **2.** Ten brief notes

*“Boss, now we don't play by the book??
Off course we play by the book: just by another book...”
(Da série Blue bloods)*

0. O contexto emergencial

Este texto está a ser escrito durante o período de pandemia causada pela COVID19, a única circunstância (até agora) que motivou o decretamento de um estado de exceção — o estado de emergência¹ — na V República, sob a égide da Constituição de 1976. Qualquer semelhança não é, portanto, mera coincidência. Trata-se de reflexões forçosamente preliminares e certamente lacunares.

1. Delimitação negativa

Nestas breves notas, não me referirei nem às questões que se colocam na sequência da declaração do estado de emergência no plano internacional², nem, no plano interno, aos problemas emergentes da responsabilidade civil contratual³ nem, por fim, à responsabilidade do Estado no quadro da função jurisdicional.

2. Dez breves notas

i) Identificado o principal foco desta reflexão, impõe-se uma primeira nota: estado de emergência não equivale a estado de irresponsabilidade. O estado de emergência é um modo *anormal* de funcionamento do Estado de Direito democrático mas é *ainda* Estado de Direito democrático⁴. Diria que só há possibilidade conjuntural de estado de emergência porque ele se contém na arquitectura estrutural do Estado de Direito. Um Estado de Direito que se vê confrontado com uma situação de facto que ameaça valores fundamentais e que se vale das suas próprias armas, procedimentais e de ponderação de bens,

1. Decretos presidenciais n.ºs 14A/2020, de 18 de Março; 17A/2020, de 2 de Abril e 20A/2020, de 17 de Abril.

2. Cfr. os textos de F. PADDEU e F. JEPHCOTT, *COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I* (<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>) e *Part II* (<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>), sobre a (difícil) aplicação das causas de exclusão da ilicitude previstas no Projecto de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por actos ilícitos (concluído pela Comissão de Direito Internacional da ONU de 2001: Draft articles on responsibility of State for internationally wrongful acts, disponível aqui https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) no quadro da pandemia; e V. MAZZUOLI, *Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China*, in *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*, vol. 10, ICJP, Lisboa, 2020, pp. 568-624 — disponível em www.icjp.pt/Publicações digitais.

3. Sobre esse ponto, numa perspectiva de Direito Civil, veja-se Abreu Advogados: *COVID-19 | Perguntas e respostas na execução dos contratos pela equipa de Direito Comercial*, <http://www.abreuadvogados.com/pt/conhecimento/publicacoes/artigos/covid-19-perguntas-e-respostas-na-execucao-dos-contratos-pela-equipa-de-direito-comercial/>

4. Sobre a figura dos estados de exceção, em Portugal, C. BLANCO DE MORAIS, *O estado de exceção*, Coimbra, 1984; F. P. SUORDEM, *Os estados de exceção constitucional: problemática e regime jurídico*, *Scientia Iuridica*, n.ºs 256/258, 1995, pp. 245 ss; A. DAMASCENO CORREIA, *Estado de sítio e de emergência em democracia*, Lisboa, 1989; J. BACELAR GOUVEIA, *O estado de exceção no Direito constitucional: entre a eficiência e a normalidade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Coimbra, 1998.

para se defender. E o princípio do Estado de Direito, proclamado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), é o fundamento primordial de um direito geral à reparação de danos — como o Tribunal Constitucional teve oportunidade de realçar no Acórdão n.º 444/2008 —, de que são expressão particular os direitos de indemnização previstos nos artigos 22.º, 37.º, n.º 4, 60.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2, da CRP e que hoje encontra o seu regime aprovado pela Lei 6/2007, de 31 de Janeiro (com última alteração pela Lei 31/2008, de 17 de Julho: Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, doravante RRCEE)⁵.

Não é de espantar, portanto, que o n.º 3 do artigo 2.º da Lei 44/86, de 30 de Setembro (com última alteração pela Lei Orgânica 1/2012, de 11 de Maio: Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, doravante Lei 44/86) afirme que

“Os cidadãos cujos direitos, liberdades e garantias tiverem sido violados por declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, ou por providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade, designadamente por privação ilegal ou injustificada da liberdade, têm direito à correspondente indemnização, nos termos gerais”.

Assim, a responsabilidade civil do Estado constitui um penhor da legitimidade da sua actuação, seja em que função for, durante um período de estado de excepção, em estado de sítio ou de emergência.

ii) A segunda nota, na sequência do que acabo de escrever, é a seguinte: a ilicitude da actuação do Estado no quadro das acções directamente motivadas pelo estado de emergência é uma ilicitude neutralizada, na medida em que está *vacinada* pela declaração do estado de excepção. Trata-se, assim, mais do que uma ilicitude desvitalizada, de uma verdadeira licitude alternativa. A responsabilidade do Estado surge, portanto, na sequência de declaração de estado de excepção ferida de inconstitucionalidade (orgânica, formal ou material), ou de medida de execução — legislativa, administrativa ou jurisdicional — em si mesma, ou por inconstitucionalidade consequente, ilegal⁶.

Por outras palavras, no quadro típico de actuações decorrentes da declaração do estado de excepção, o Estado responde por facto da função político-legislativa⁷ — salvo melhor reflexão, a declaração de estado de excepção tem uma natureza mista, pois se por um lado define, disruptivamente, opções fundamentais da comunidade, ainda que num tempo e contexto altamente particulares (e de

5. Sobre este regime, veja-se a obra colectiva *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, C. AMADO GOMES, R. PEDRO e T. SERRÃO (coord.), 2.ª ed., Lisboa, 2018.

6. De que a privação injustificada da liberdade é um exemplo paradigmático, mas que não esgota, de todo, as potencialidades da norma.

7. Sobre o controlo da declaração do estado de excepção, A. NAVAS CASTILLO, “Los estados excepcionales y su posible control por el Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 87, 1997, pp. 133 ss.

forma mais ou menos impressionista), por outro lado promove a suspensão do tecido normativo existente, abrindo caminho à introdução de uma legalidade excepcional —, em caso i) de declaração de estado de excepção decretado em violação de normas de competência, de forma e de preenchimento de pressupostos de facto, bem como em violação do princípio da proporcionalidade em termos de necessidade de constrangimento do lote de liberdades afectadas nos planos funcional, territorial e temporal, gerando dano directamente adveniente da declaração, por si só⁸. Responde ainda, ii) autonomamente, por facto da função legislativa quanto a danos provocados por diploma legal que extravase o âmbito da habilitação material excepcional contida na declaração do estado de excepção. E responde, enfim, iii) por medidas da função administrativa que se revelem claramente desnecessárias ou desadequadas em face dos fins a alcançar⁹.

Assim, o Estado responde, neste contexto, sempre por *facto ilícito*, embora com graus diversos de possibilidade de sucesso, uma vez que a via aberta pelo regime de responsabilização da função administrativa (artigos 7.º a 12.º do RRCEE) é bem mais linear do que a estreita viela prevista para a responsabilização por facto da função legislativa (cfr. o artigo 15.º do RRCEE)¹⁰. E daqui decorre a observação seguinte.

iii) A terceira nota é esta: o Estado e demais entidades são responsáveis pelos danos causados por decisões, legislativas e executivas, jurídicas e materiais, “emergenciais”, de acordo com os pressupostos ditados pelo RRCEE. Apesar de a Lei 44/86 conter uma disposição, já citada, que deixa claro o dever de indemnizar por actos inconstitucionais e ilegais no quadro do estado de excepção, o regime que está na base da imputação e atribuição de indemnização por facto ilícito está sediado, actualmente, no RRCEE. Ora, esta afirmação, se se mostra assintomática no plano da responsabilização por facto da função administrativa (cfr. sobretudo o artigo 7.º), torna-se problemática no confronto com o n.º 1 do artigo 15.º do RRCEE (responsabilidade por facto da função legislativa), na medida — e para não nos alongarmos nas perplexidades do modelo¹¹ — em que

8. No caso da declaração contida no Decreto 14-A/2020, de 18 de Março, isso dificilmente aconteceria, uma vez que se trata de um diploma puramente habilitativo do Governo nas competências de conformação e implementação das suas directrizes.

9. Por exemplo, o Conselho de Estado francês considerou ilegais e portanto geradores de responsabilidade administrativa por facto ilícito algumas diligências promovidas pelas forças policiais durante o estado de emergência declarado (por quatro vezes) em 2016/2017, em razão da ameaça terrorista, por os métodos utilizados, apesar de teoricamente admissíveis, não se encontrarem devidamente fundamentados no caso concreto — cfr. B. STIRN, *Lutte contre le terrorisme, état d’urgence et État de Droit*, 2016 (disponível aqui: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/lutte-contre-le-terrorisme-etat-d-urgence-et-etat-de-droit>). Veja-se também O. LE BOT, “Les perquisitions administratives et l’état d’urgence”, in RFDA, 2016/5, pp. 943 ss.

10. Recorde-se que, nos termos do artigo 15.º do RRCEE, a responsabilidade por facto da função legislativa pressupõe uma declaração ou pelo menos um juízo de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional que torna o processo complexo e moroso. Acresce que a resolução da Assembleia da República que aprova o decreto presidencial de declaração do estado de excepção e mesmo os diplomas que a concretizam, ainda que provoquem danos directos na esfera dos particulares, não são directamente sindicáveis junto do Tribunal Constitucional.

11. Para mais desenvolvimentos, veja-se T. FIDALGO DE FREITAS e A. BRÁS, “Comentário ao

enquanto o primeiro cobre qualquer tipo de dano, o segundo limita o seu alcance aos danos “anormais”¹².

Poderia ter-se a tentação de pensar que esta exigência de que os danos ultrapassem os custos próprios da vida em sociedade e que pela sua gravidade mereçam a tutela do Direito (artigo 2.º, 2.ª parte do RRCEE), em face da anormalidade intrínseca ao estado de emergência, anularia o dever de indemnizar que decorre da Lei 44/86 (se todos os danos são anormais, nenhum o é). Creio que se trata de uma leitura imprópria, embora aceite que o pressuposto da anormalidade do dano deva merecer uma leitura adaptativa, tendendo a gravidade a ser caracterizada pela intensidade de afectação de direitos *pessoais* (como, de resto, o preceito citado ilustra, ainda que exemplificativamente).

iv) Como quarta nota, julgo importante realçar que, pelo menos teoricamente, há mais responsabilidade para além daquela gerada no seio de decisões emergenciais ou apesar da decorrente destes. A vida, embora mais ou menos alterada na sua dinâmica normal, continua e com ela as possibilidades de danos provocados por decisões jurídicas ilícitas, sejam actos (v.g., uma licença de construção concedida em violação de um plano territorial), normas (v.g., um regulamento municipal sobre circulação de animais na via pública) ou operações materiais (v.g., uma operação de calcetamento de passeio que causa danos a veículos), sejam actividades especialmente perigosas (v.g., utilização de explosivos para abrir um caminho florestal que provoca acidentalmente um incêndio) ou surjam no quadro de actuações não especialmente perigosas — artigos 11º e 7.º, 8.º do RRCEE, respectivamente. A responsabilidade administrativa por facto ilícito mantém a sua vocação aplicativa aos factos geradores de danos que se forjem à margem do contexto especificamente emergencial — embora se possa admitir alguma adaptação nos pressupostos de imputação.

Tais adaptações filiam-se nas concretas circunstâncias fácticas que dão base à conformação jurídica do estado de excepção: no caso presente, o surto epidémico e os seus efeitos na realidade física. Estou a pensar sobretudo em duas categorias de casos, que podem fazer alterar a dinâmica interna de dois pressupostos do RRCEE.

Um primeiro conjunto de situações está situado no plano da imputação de *responsabilidade por facto ilícito por funcionamento anormal do serviço* (cfr. os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º; e o n.º 2 do artigo 9.º). Com efeito, o combate à pandemia determinou que muitas tarefas passassem a desenvolver-se por formas diversas — v.g., teletrabalho; atendimento ao público com adopção de medidas de distanciamento; redução de pessoal e alteração de horários para reduzir o risco de contágio —, o que pode gerar atrasos ou menor qualidade no cumprimento de deveres funcionais. Significa isto que, na minha perspectiva, a imputação

artigo 15.º do RRCEE”, in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, C. AMADO GOMES, R. PEDRO e T. SERRÃO (coord.), 2.ª ed., Lisboa, 2018, pp. 823 ss.

12. Além, ainda, da segunda limitação resultante do n.º 6 do artigo 15.º do RRCEE.

de responsabilidade por facto ilícito em virtude de um dano provocado por mau funcionamento do serviço pode ser sacudida pela Administração com base no argumento de força maior impeditiva de prestação do serviço em parâmetros normais¹³ — se o mau funcionamento se puder imputar exclusiva ou predominantemente a tal causa, claro¹⁴.

Um segundo lote de casos situa-se no contexto da *responsabilidade pelo risco* e no acréscimo de tarefas especialmente perigosas que se possa aditar ao seu âmbito em razão da pandemia e do (agravamento de) riscos, relativamente a quem as desenvolve — basta pensar em actividades como a recolha de resíduos urbanos, a limpeza de hospitais, a prestação de cuidados de saúde a sujeitos infectados (em hospitais públicos)¹⁵. Se é certo que a responsabilidade pelo risco é um instituto que se utiliza sobretudo de fora para dentro — ou seja, do utente do serviço face ao serviço, e não do funcionário face ao serviço —, certo é que ela nasceu precisamente no ambiente de dentro para dentro¹⁶ e que, naquilo que exceder a cobertura devida por acidente de trabalho, deverá ser accionada nesses novos e circunstanciais contextos (não esquecendo, todavia, a interferência da força maior, a que alude expressamente o n.º 1 do artigo 11.º do RRCEE).

v) A quinta nota relaciona-se com a *responsabilidade por facto ilícito omissivo*, na vertente de omissão de medidas antecipativas e mitigadoras do surto geradora de danos. Tem-se apontado — e chegou a ser apresentada uma providência cautelar nesse âmbito — a falta de material de protecção (máscaras; luvas; toucas; fatos de protecção integral), sobretudo para os prestadores de cuidados de saúde aos infectados, bem assim como a ausência de equipamentos de apoio respiratório como ventiladores em número suficiente para dar resposta ao afluxo de doentes. Poderá o Estado ser responsabilizado por ter descurado a preparação do cenário de combate ao surto pandémico — quando ele chegou a Portugal cerca de três meses depois de ter sido detectado na China e em vários Estados do extremo Oriente e duas semanas após ter começado a provocar mortes em Itália?

Esta discussão surge normalmente relacionada com as falhas, de há muito apontadas, ao Serviço Nacional de Saúde, em termos de meios materiais e humanos com que se vem debatendo, sobretudo desde a crise financeira de 2008. Na minha perspectiva, dificilmente poderá haver responsabilidade por omissão de prevenção uma vez que a pandemia constitui um evento irresistível, um caso de força maior, do ponto de vista da impossibilidade de, em qualquer cenário, fazer cabalmente face aos seus efeitos (tendo em conta a rapidez e a

13. Sobre a força maior, ver *infra* a nota viii) deste texto.

14. Pense-se em decisões produzidas electronicamente e esta causa, em princípio, não procederá.

15. Não adito a guarda de presos porque considero que, mesmo sem pandemia, ela já é uma actividade especialmente perigosa — C. AMADO GOMES, “A responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos decorrentes da gestão de estabelecimentos prisionais: um apontamento”, in *Novos estudos sobre Direito da Responsabilidade civil das entidades públicas — por facto da função administrativa*, Lisboa, 2019, pp. 229 ss.

16. Cfr. o Arrêt *Cames*, do Conselho de Estado francês, de 21 de Junho de 1895.

facilidade de propagação do vírus)¹⁷. Acresce que a aquisição de material de protecção e de tratamento depende da disponibilidade destes bens no mercado o que, em face da generalização da epidemia e da forte dependência do fabrico em Estados igualmente afectados — mormente, a China — se tornou praticamente impossível. Ou seja, ainda que o Estado português tivesse, mal a epidemia se declarou na China, procedido a encomendas massivas de máscaras e ventiladores, elas não estariam de imediato disponíveis e em quantidade, e não teriam chegado a tempo de enfrentar a primeira vaga do surto, valendo aqui a causa de exclusão da impossibilidade objectiva de evitação do dano (cfr. o n.º 1 do artigo 790.º do Código Civil)¹⁸.

Claro que, para haver responsabilidade aquiliana, para além de ilicitude e culpa, terá que haver nexos causal (adequado) entre facto e dano. Se trabalharmos com uma noção de omissão de vigilância prospectiva e a reconduzirmos a omissão *in vigilando*, o ónus da prova da impossibilidade caberá ao ente público (afastando a culpa) e essa impossibilidade em muito se deve a um evento externo irresistível (afastando a causalidade) — cfr. o n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE, por remissão para o n.º 1 do artigo 493.º do Código Civil. Mas ainda que tais argumentos não procedam, poderá, em sustentação subsidiária, invocar que o dano (internamento; insuficiência física duradoura; morte) muito provavelmente sempre se teria produzido, por verificação de *outras causas* além da infecção por COVID19 e/ou por comportamento do lesado, assim afastando ou reduzindo a responsabilidade¹⁹.

vi) A sétima nota constitui uma interrogação: pode o contexto de incerteza que rodeia a pandemia — decorrente de um total desconhecimento das características do vírus — servir de causa excludente de responsabilidade por facto ilícito, nos casos em que, por défice de percepção das circunstâncias de risco, foi decretada a adopção de medidas desadequadas ou não foi decretada a adopção de medidas suficientes — e daí decorreram danos? Penso muito particularmente na controvérsia em torno do uso de máscara, que surpreendentemente durante o estado de emergência, pressupondo o pico infeccioso, era opcional e uma vez terminada a pior fase e levantado o estado de emergência, passou a ser obrigatório em estabelecimentos comerciais e transportes públicos.

17. E exigir a existência de stocks de material de protecção contra epidemias num cenário anterior à detecção delas — mais a mais, porque são normalmente diferentes nas suas idiosincrasias —, num contexto generalizado de carência de meios nos hospitais pode ser visto como um excesso perdulário, por desviar verbas de necessidades mais prementes (recorde-se o que se gastou inutilmente em vacinas contra a gripe H1N1, em 2010).

18. Note-se que aludo à “primeira vaga” porque é previsível, à luz dos conhecimentos actuais, que se repita a situação epidemiológica após o Verão, uma vez que não há vacina e a imunidade da população, em razão do confinamento, é ainda muito baixa. Ou seja, o argumento da impossibilidade temporal que vale numa primeira fase poderá não valer para uma segunda.

19. Chamando a atenção para estas excludentes, no caso de défice de fornecimento de máscaras à população em geral, A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Pénurie de masques: une responsabilité pour faute de l'État ?*, 24 de Março de 2020 — <http://www.tendancedroit.fr/covid-19-penurie-de-masques-une-responsabilite-pour-faute-de-letat-libres-propos-par-anne-jacquemet-gauché/>

A ilicitude é aqui encontrada por recurso a normas técnico-científicas, emanadas da Organização Mundial de Saúde. E a verdade é que mesmo esta Organização pareceu não chegar a conclusões estáveis sobre as vantagens do uso de máscara. Portanto, imputar um estado de infecção, com ou sem hospitalização, ou mesmo uma morte, ao Estado/Direcção-Geral de Saúde por não ter estabelecido, desde o início da pandemia em Portugal, a obrigatoriedade do uso de máscara, muito dificilmente se pode caracterizar como ilícito. Acresce que, mesmo que se aceitasse que assim pudesse ser, mais uma vez retomo o argumento do concurso de causas de que falei no ponto anterior para frisar a possibilidade de invocação de causalidade alternativa e/ou culpa do lesado²⁰.

vii) A sétima nota traduz-se em que o Estado responde sempre civilmente perante os tribunais administrativos²¹. Esta afirmação, aparentemente supérflua, parece afrontar o estabelecido no artigo 28.º da Lei 44/86, cujo n.º 2 reza o seguinte:

“A Assembleia da República, com base nesse relatório e em esclarecimentos e documentos que eventualmente entenda dever solicitar, apreciará a aplicação da respetiva declaração, em forma de resolução votada pelo respetivo Plenário, da qual constarão, nomeadamente, as providências necessárias e adequadas à efetivação de eventual responsabilidade civil e criminal por violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei”.

Julgo que, sob pena de afronta do princípio da separação de poderes — que o próprio regime contido na Lei 44/86, ressalva da suspensão em estado de exceção, no n.º 2 do artigo 3.º²² (e aqui já se está novamente em normalidade) —, esta norma só pode revestir um carácter certificativo, ou seja, significando, no mínimo, coligir dados a ser incluídos num relatório a publicitar, por razões de transparência e, no máximo, preparar um diploma que preveja a atribuição de compensações a lesados de forma célere (similarmente aos casos recentes ocorridos no quadro dos incêndios do Verão de 2017 ou da derrocada da estrada nas pedreiras de Vila Viçosa, em 2018²³) —, sempre constituindo esta uma via

20. G. DOMENECH PASCUAL (*Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID 19*, El cronista del Estado Social y de Derecho, n.ºs 86/87, Marzo/Abril 2020: Corona vírus y otros problemas..., pp. 102 ss — <http://www.elcronista.es/El-Cronista-número-86-87-Coronavirus.pdf>) aceita que, apesar da incerteza decorrente da causa de força maior que é a pandemia, o Estado possa ser chamado a indemnizar caso se demonstre que a negligência incrementou a probabilidade de causar o dano ainda que não se consiga provar, por ciência certa, que este teria se teria evitado se a Administração tivesse actuado com todo os cuidados exigíveis. Conclui assim que “hay que indemnizar pero la indemnización debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia” (p. 106).

21. Nos termos das alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

22. Lê-se no artigo 3.º, n.º 2: “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na própria Constituição e na presente lei, não podendo nomeadamente afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas e bem assim os direitos e imunidades dos respetivos titulares”. Cfr. também o artigo 19.º, n.º 7 da CRP.

23. Cfr. as Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 157-C/2017, de 27 de Outubro, e

facultativa. Em caso algum, sublinho, se deve ler esta norma como traduzindo a desafecção da competência de avaliação dos pressupostos do dever de indemnizar pelos tribunais administrativos.

viii) A oitava nota: a declaração de estado de emergência afasta a possibilidade de compensação por facto lícito de danos especiais e anormais decorrente de decisões directamente relacionadas com aquele decretamento²⁴. Repare-se na redacção do artigo 16.º do RRCEE:

“O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”.

Tratando-se de uma declaração cujos efeitos incidem, indistintamente, sobre a população e sobre os operadores económicos em geral, o pressuposto da especialidade do dano (veja-se o artigo 2.º do RRCEE) está arredado. A diluição dos encargos excepcionais pela comunidade — embora reflectindo-se diferentemente nos vários sectores económicos e nas próprias pessoas — gera uma nova distribuição do risco social, a qual anula a possibilidade de obter compensação por facto lícito mas, em contrapartida, investe o Estado no dever de repor o equilíbrio que a declaração quebrou. Precisamente, o afastamento do mecanismo do artigo 16.º reclama a concessão de apoio do Estado a sectores económicos e categorias de pessoas mais severamente afectados pela quebra de actividade económica que o decretamento do estado de excepção acarreta, mas tratar-se-á aí de accionar mecanismos de solidariedade e não de responsabilidade. DOMENECH PASCUAL inclina-se neste mesmo sentido; todavia, abre a possibilidade, excepcional, de indemnizar danos, diria, anormalmente anormais, tanto de carácter moral como económico (dando o exemplo de morte de um familiar)²⁵. Julgo que esta hipótese é de afastar, pelo menos no plano do facto lícito (e no plano do facto ilícito, com as dificuldades que aponte antes) tanto em razão dos argumentos que já assinalei, como da incerteza que causaria entregar a resolução destes casos à aleatoriedade e morosidade do sistema judicial.

Devo, no entanto, reconhecer que esta solução, sendo válida para danos directamente causados pela declaração do estado de emergência e sua execução legítima, e permanecendo válida para danos que ultrapassem a vigência temporal da declaração mas sejam nela filiados, já pode claudicar perante danos simplesmente resultantes da pandemia, sem a interposição de nenhum acto político-legislativo que provoque uma ruptura da legalidade normal e instaure uma legalidade excepcional alternativa. Sem a tomada de posição jurídica sobre a redistribuição do risco social de igual forma pelos membros da comunidade

4/2019, de 9 de Janeiro.

24. Em sentido contrário, A. MATIAS DE ALMEIDA, em artigo de opinião publicado no Expresso de 10 de Março de 2020: *Coronavírus: Estado está obrigado a indemnizar os privados?*

25. DOMENECH PASCUAL, *Responsabilidad patrimonial...*, p. 106.

em geral, fica-se com a disrupção puramente fáctica — e aí a questão do dano especial e anormal ressurgue, porque já não se torna tão evidente o afastamento do pressuposto da especialidade. O que pode, porventura, é configurar-se uma interrupção do nexos de causalidade entre facto lesivo (vírus) e dano (lesão da integridade física) gerado por um evento de força maior, que arredaria a possibilidade de imputação de um dever de compensar ao Estado.

A força maior merece uma alusão, no artigo 505.º do Código Civil (excluindo a responsabilidade do agente em caso de acidente), e uma definição, no artigo 509.º do mesmo Código, em sede de responsabilidade por acidentes com instalações de electricidade e gás, nestes termos: “considera-se de força maior toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa”. No RRCEE, a força maior surge no n.º 1 do artigo 11.º, como causa de exclusão da responsabilidade pelo risco. Trata-se de um conceito clássico do Direito Civil, já presente no Direito romano, onde Gaio o definiu como “vis major est cui humana infirmitas resistere non potest” — a força maior é aquela a que a fraqueza humana não pode resistir. É uma causa externa à vontade humana e irresistível²⁶. Poderá, nesta acepção, a COVID19 interferir com a compensação por facto lícito?

Julgo que, para quem considere que a compensação por facto lícito é ainda responsabilidade civil — que não é o meu caso²⁷ — e de feição objectiva (sem culpa), há boas razões para a excluir, em virtude de quebra do nexos de causalidade (porque se trata de um evento externo irresistível, até que se forje uma vacina, e invocável no plano da responsabilidade extracontratual pública, dado o lugar paralelo com o instituto da responsabilidade pelo risco). Na minha perspectiva, porém, dado que se trata de um instituto filiado numa ideia de justa repartição dos encargos públicos, numa lógica de justiça distributiva, não me repugna a sua operacionalidade no âmbito da compensação de danos, especiais e anormais, directamente decorrentes da incidência da COVID19 em particulares esferas jurídicas.

ix) A nona nota visa, na sequência da nota antecedente, a perplexizante norma ínsita num diploma, ainda do período de emergência, que “Estabelece um regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença COVID-19” (o DL 19-A/2020, de 30 de Abril): o artigo 8.º, que exonera o Estado de compensar pelo sacrifício. Reza o preceito:

“Indemnização pelo sacrifício

Não dão lugar a indemnização pelo sacrifício os danos resultantes de atos

26. De entre muitos, o Acórdão do STJ (de 27/09/1994, proferido no processo 084991— pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.) afirma que “o caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o conhecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até presumido, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências”.

27. Para uma justificação desenvolvida, veja-se C. AMADO GOMES, “A compensação administrativa pelo sacrifício: breves reflexões e notas de jurisprudência”, in *Novos estudos sobre Direito da Responsabilidade civil das entidades públicas — por facto da função administrativa*, Lisboa, 2019, pp. 33 ss, 61-65.

regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia COVID-19, que constitui para o efeito causa de força maior”.

A minha perplexidade decorre de dois factores concorrentes: em primeiro lugar, os danos, morais e patrimoniais, a pessoas individuais e colectivas, provocados pela legislação de emergência — penso, muito concretamente, nos danos resultantes do confinamento e do encerramento de estabelecimentos — constituem um *efeito necessário* do decretamento do estado de emergência e da ponderação de bens realizada pelo Governo sobre esse contexto fáctico. O que significa que não há facto, externo e irresistível, que configure força maior susceptível de provocar ruptura do nexo de causalidade, mas antes uma decisão político-legislativa, depois concretizada em múltiplos actos e normas, geradora de danos gerais para toda a população e operadores económicos. O que não se configura, como afirmei na nota anterior, é a especialidade destes danos que permita preenchimento de um dos pressupostos da compensação por facto lícito. Em segundo lugar, o espanto resulta também da conciliação dessa norma com a afirmação, no preâmbulo do diploma, de que “em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas pela prática de facto lícito, clarifica-se que, estando em causa danos que não preenchem um requisito de especialidade, a indemnização pelo sacrifício não é aplicável aos atos regularmente praticados por aquelas entidades no âmbito do estado de emergência, que se considera para este efeito motivo de força maior”. Afinal, em que ficamos: falha o requisito da especialidade e a compensação por facto lícito é afastada — e para quê clarificar, se isso já resulta do artigo 16.º do RRCEE? Ou, de entre os actos lícitos passíveis de ter sido produzidos durante o estado de emergência, aqueles que provoquem danos anormais e especiais não geram compensação por interrupção do nexo de causalidade por força maior — e aí existe um erro de qualificação da COVID19 como tal, uma vez que a causa dos danos é o decreto do estado de emergência²⁸?

Se há um erro de técnica jurídica ao qualificar a declaração do estado de emergência como causa de força maior e assim afastar a responsabilidade do Estado (já agora, e porquê apenas por facto lícito?), já *fora* do período de estado de emergência — âmbito que o legislador também pretende abarcar — poder-se-ia colocar a questão da utilidade desta norma. Sem ignorar o facto de o Estado-legislador estar aqui a usurpar uma competência de qualificação do Estado-juiz para exonerar de responsabilidade civil extracontratual o Estado-administrador, sempre retomo a argumentação que expendi na nota anterior: sem a cobertura política da declaração, resta o contexto fáctico da pandemia. Que pode, efectivamente, ser considerada uma causa de força maior, interruptiva do nexo de causalidade. Porém, como vejo a compensação por facto lícito numa

28. Se foi esta segunda a intenção do legislador, o verbo deveria ser empregado no conjuntivo, ou seja, deveria ter-se escrito “estando em causa danos que não preenham um requisito de especialidade”

perspectiva de concretização do princípio da justa repartição dos encargos públicos, não considero que se possa liminarmente excluir a possibilidade de, uma vez verificados os pressupostos da especialidade e anormalidade dos danos, um particular poder vir a ser compensado neste plano.

Enfim, julgo que se deva ter esta infeliz norma por não escrita, porque nem esclarece o intérprete nem enobrece o legislador²⁹.

x) Finalmente, uma última (décima) nota sobre o regime a que devem sujeitar-se as requisições de bens e serviços no quadro do combate à pandemia³⁰ — e que poderão igualmente estar na mira do legislador com a norma do artigo 8.º *supra* transcrita. Em minha opinião, é devida contrapartida por estas decisões que utilizam bens privados por razões de interesse público — salvo se os seus proprietários ou agentes prescindirem, altruisticamente, de contrapartida/remuneração. Contudo, esta contrapartida não traduz uma compensação por facto lícito a apurar nos termos do RRCEE, mas antes uma compensação a apurar no quadro do DL 637/74, de 20 de Novembro (“Define os princípios a que deve obedecer a requisição civil”). Problemático é que este diploma consagra duas normas à questão da “indenização” por requisição civil, de bens ou serviços: o artigo 9.º, que estabelece que as pessoas requisitadas terão direito a auferir remuneração por serviços prestados de acordo com o seu contrato de trabalho ou estatuto profissional — e apenas isso; e o artigo 10.º, que dispõe que, quanto às restantes “indenizações”, serão fixadas por portaria ou por recurso a preços tabelados (quando existam), que nunca foi aprovada³¹.

Ora, isto remete a valorização dos bens e outros serviços que não estejam indexados a salários ou a preços tabelados para um vazio, o qual não pode, todavia e em meu entender, ser colmatado por recurso ao artigo 16.º do RRCEE, uma vez que, à data da entrada em vigor do DL 637/74 estava em vigor o DL 48.051, de 27 de Novembro de 1967, que no seu artigo 9.º consagrava solução similar à do artigo 16.º — portanto, se o legislador quisesse ter remetido para o instituto da compensação pelo sacrifício, tê-lo-ia feito. E fez bem em não o fazer,

29. DIOGO DUARTE CAMPOS, TIAGO DUARTE, PAULO LINHARES DIAS e LEONARDO DA PONTE, aditam ainda que esta norma ofende os princípios da separação de poderes (por desafectar uma competência de qualificação de uma causa excludente da esfera dos tribunais), da confiança (por subtrair uma expectativa de ressarcimento de forma retroactiva), da proporcionalidade (por subtrair de forma total uma expectativa de ressarcimento que a lei atribui em casos de danos especiais e anormais) e ainda por inconstitucionalidade orgânica, dado que a competência para legislar sobre responsabilidade civil extracontratual cabe à Assembleia da República — D. DUARTE CAMPOS *et al.*, *Reequilíbrio financeiro dos contratos – Comentário ao Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril*, PLMJ, 2020, livro digital, p. 16.

30. Repare-se que, no quadro do estado de emergência, regem os artigos 17.º e 29.º do Decreto 2A/2020, de 3 de Março — os quais constituem normas habilitantes mas não resolvem a questão da remuneração pelos bens e serviços requisitados, devolvendo tal disciplina ao DL 637/74, de 20 de Novembro.

31. Esta remissão para portaria é inquietante nos dias de hoje, uma vez que a matéria do regime geral da requisição por utilidade pública cabe na reserva relativa de competência da Assembleia da República — cfr. a alínea e) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP. Julgo que esta remissão é inconstitucional, devendo, na ausência de solução expressa ditada pelo órgão competente, recorrer-se à via que adianta em texto.

porque à requisição de bens e serviços está subjacente uma lógica retributiva que não casa com o espírito de justiça distributiva associado à compensação por facto lícito em razão de dano especial e anormal.

Isto significa duas coisas: a primeira, que o artigo 8.º do DL 19-A/2020 *supra* citado nunca se poderia aplicar em sede de requisição de bens e serviços por utilidade pública; em segundo lugar, que a retribuição a fixar, à falta de (melhor) critério, deverá ser encontrada por recurso, com adaptações, ao artigo 84.º do Código das Expropriações (Lei 168/99, de 18 de Setembro, com última alteração pela Lei 56/2008, de 4 de Setembro) no qual, sob a epígrafe “Requisição de bens imóveis”, se estabelece o seguinte:

(...)

“3 - A indemnização corresponde a uma justa compensação, tendo em conta o período da requisição, o capital empregue para a construção ou aquisição e manutenção dos bens requisitados e o seu normal rendimento, a depreciação derivada do respectivo uso e, bem assim, o lucro médio que o particular deixa de perceber por virtude de requisição”.

É esta, de resto, a solução avançada pelo n.º 3 do artigo 24.º da Lei de Bases da Protecção Civil (Lei 27/2006, de 3 de Julho, com última alteração pela Lei 80/2015, de 3 de Agosto), em sede de requisições realizadas no âmbito do estado de calamidade. Aqui se reconhece o “justo preço” a pagar pelos bens requisitados, desafectando este “prejuízo” do âmbito da compensação pelo sacrifício. Falar de responsabilidade neste domínio só fará sentido, eventualmente, no que tange a danos provocados nos bens utilizados, por má utilização, a qual deverá ser imputada a título de facto ilícito, por desrespeito de normas técnicas ou deveres de cuidado (cfr. o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE).

Concluindo: estas reflexões, que começaram nos vídeos ‘5 minutos em estado de emergência’, da iniciativa do Prof. Jorge Reis Novais, por vir a propósito do estado de emergência jurídico, acabam agora por incidir também sobre o circunstancialismo que o antecede e lhe sucede, ou seja, sobre as modulações impostas pela causa fáctica que dá azo ao estado jurídico. Durante o estado de emergência formal, surge uma normatividade alternativa e uma consequente execução desta, cujos parâmetros devem ser confrontados com a Constituição, com a declaração do estado de emergência e com o imperativo de proporcionalidade. Tal normatividade justifica um controlo da ilicitude da actuação administrativa que acresce àquele que se verifica no universo de actividades que não sofre a incidência de efeitos da declaração de estado de emergência. Uma vez cessados os efeitos da declaração, persiste a causa fáctica que a determinou — e que lhe pré-existiu —, a pandemia, a qual constitui, por si, uma causa disruptiva no seio do instituto da responsabilidade civil extracontratual pública e como tal nestas brevíssimas reflexões foi incorporada.
